

Ação rescisória. Procedência. Decisão rescindenda proferida com base em lei inconstitucional (Dec.-lei 70/66). Normas que regem o Sistema Financeiro da Habitação

Tribunal de Justiça
9ª Câmara Cível
Ação Rescisória nº 97/95

Apelante: *João Alberto Antonione França*

Apelado: *Banco Morada S/A.*

EMENTA: Ação Rescisória. Procedência. Decisão rescindenda proferida com fundamento em lei inconstitucional (Dec.-Lei 70/66). Violação de disposição da lei. Art. 485, V, do CPC. Advento da Constituição/88 a estabelecer regras capituladas no art. 5º dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, incisos XXXV e LV entre outros, disposições do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, não considerados na decisão rescindenda. Liminar proferida por juiz federal considerada pelo juiz cível como implicitamente revogada no saneador. Conflito de competência. Jurisprudência.

PARECER

O presente processo reflete uma das questões nascidas das normas que regem o Sistema Financeiro da Habitação.

As execuções hipotecárias no âmbito da chamada Casa Própria se processam de forma unilateral, destoando sua disciplina totalmente das normas que presidem as execuções hipotecárias comuns.

A diferença entre os dois procedimentos se apresenta de forma visível.

Enquanto o credor hipotecário tem sua execução obstada por um labirinto processual como embargos de devedor, de terceiro, embargos à execução, embargos à arrematação, onde se incluem toda a sorte de recursos: agravo, embargos declaratórios, apelação, embargos declaratórios a cada decisão, a postergar a execução hipotecária estabelecida na lei adjetiva, o Dec.-lei 70/66 confere ao credor a presidência do processo de execução e estabe-

lece a forma fulminante do processamento executório, não deixando espaço para o contraditório. O que se vê é o mundo jurídico revolucionado e agitado por decisões que põem em cheque as execuções dos credores sobre valores discutíveis a repelir a oportunidade de o devedor defender seus direitos na forma constitucional.

Questão semelhante à dos autos foi julgada em incidente de inconstitucionalidade, pelos Juízes integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Por maioria de votos declararam a inconstitucionalidade do art. 30, parte final, e dos arts. 31 a 38 do Dec.-Lei nº 70, de 21.11.66, ante o disposto nos incisos XXXV, LIV do art. 5º da Constituição Federal. *A divergência consistiu unicamente em que a maioria incluía mais um dos artigos do malsinado decreto como inconstitucional.*

Nesse v. acórdão que, a seguir, em parte se transcreve, o Ministério Público vê definidas suas convicções a respeito do problema. Nele alicerça os fundamentos deste parecer, uma vez que os argumentos ali expendidos constituem a essência do seu entendimento sobre a questão de amplo interesse social que há muito o preocupa, qual seja a das anomalias e ilegalidades que persistem nos relacionamentos do SFH e seus mutuários que têm comprometido vidas e direitos das pessoas envolvidas.

Estão postos na mesa dos Tribunais inúmeras questões relativas ao SFH, que os proponentes não tiveram ensejo de suscitar diante dos termos pre-emptórios e inconstitucionais que presidem a execução dos contratos pelo Dec.-Lei 70/66.

O v. acórdão mencionado na página anterior, pelo Órgão Superior do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, decidiu, *in verbis*:

“ O Dec.-Lei 70/66, em seu art. 29, colocou à escolha do credor duas formas de execução hipotecária, na hipótese de falta de pagamento das cotas de amortização da dívida: a execução para pagamento de quantia certa prevista no CPC e a execução especial daquele Decreto-Lei. O exercício da opção é faculdade do credor, submetendo-se a seu exclusivo *nutum*. Não há exigência legal de que a faculdade esteja contemplada expressamente no contrato de mútuo onde pactuada a hipoteca. Incomparável, portanto, a situação com aquela vertida no art. 774, III do CC, permissivo da venda amigável do objeto do penhor.

“ Não se está em frente à forma de alienação segundo o combinado pelas partes, mas diante de

forma prevista em lei para a satisfação coativa dos direitos do credor hipotecário, já que o devedor não tem como se opor ao exercício da opção concedida ao credor.

“ Dessa maneira, o procedimento extrajudicial dos arts. 31 a 38 do Dec.-Lei 70/66 constitui processo de execução, na conceituação tradicional de Moacyr Amaral Santos (*Primeiras Linhas*, 3º/189, 4ª ed.): processo pelo qual o Estado, por intermédio do órgão jurisdicional, e tendo por base um título executivo judicial ou extrajudicial, empregando medidas coativas, efetiva e realiza sanção, tudo com o objetivo de satisfazer o direito do credor, mesmo contra a vontade do devedor. Definido tal procedimento como processo de execução, há que verificar de sua compatibilidade com os princípios constitucionais atinentes ao processo civil.

“ Dentre as regras inovadoras da CF/88, aparece a do art. 5º, inc. LVI, dispondo que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. De acordo com a opinião de Sálvio de Figueiredo Teixeira (*Revista da AJURIS*, 44/86), o princípio constitucionalmente contemplado significa a síntese de três cânones fundamentais do processo: o do Juiz natural, o do contraditório e o do procedimento regular. O primeiro reclama julgador constitucionalmente investido na condução e decisão da causa; o segundo, igualdade substancial das partes; e o terceiro, a observância das normas e da sistemática previamente estabelecidas como garantia das partes no processo.

“ Ora, o art. 31 do Dec.- Lei 70/66 atribui ao agente fiduciário a presidência do processo de execução, subtraindo do Poder Judiciário, detentor de monopólio, a jurisdição, parcela da soberania, função indelegável e própria do Juiz natural, provido de garantias e investido na forma constitucionalmente exigida, único capaz de assegurar a impar-

cialidade no tratamento das partes. Não é possível compatibilizar o devido processo legal com o exercício do poder de executar bens do devedor a cargo de pessoa jurídica de Direito Privado.

“ Na esteira do sublinhado no ven. Acórdão de fls. , trecho da lavra do Dr. Araken de Assis, “... e considerando de que o *due process* possui também um aspecto material, onde se tutelam a liberdade e a propriedade (Vicenzo Vigoriti, *Garanzie Costituzionali del Processo Civile*, p. 47, Milão, Giuffré, 1973), sem dúvida um direito também constitucionalmente protegido no Brasil (CF, art. 5º, XXII), fácil é concluir que a alienação privada do bem, objeto de garantia hipotecária, atenta contra a prévia audiência do executado. Em realidade trata-se de uma execução privada, e, portanto, de um retrocesso que rompe o fio da História, voltando à fase mais primitiva do Direito Romano, ou seja, àquela em que, após apossar-se da própria pessoa do devedor, o credor obtinha a *adictio*, Leo Peppe, *Studi sul Executione Personalle*, 1/85 e segs. Milão, Gafrée, 1981).

.....

“Reforça a convicção da incompatibilidade da execução especial do Dec.-Lei 70 com as normas constitucionais vigentes a leitura do art. 5º, inc. LV, da Carta de 88, que enfatizou a segurança dos litigantes, em processo judicial ou administrativo, do contraditório e da ampla defesa. O acórdão da Câmara suscitante nota, apropriadamente, que a ampla defesa importa, antes de mais nada, a prévia audiência, direito maior que não convive com os efeitos da preclusão da notificação extrajudicial da iniciativa do agente fiduciário (Dec.-Lei nº 70/66, art. 31), bem como com a redução da defesa do mutuário ao pedido de purgação da mora. Por certo que purgar a mora não é defender, sabido que tradicionalmente ou o devedor purga, ou contesta. Purgar é reconhecer o pedido.

.....

“O acesso judicial supõe a segurança do devido processo legal, expressando que a esse se impõe o contraditório e a ampla defesa. Se é impossível privar alguém de seus bens ou de sua liberdade, salvo mediante processo que contenha aqueles requisitos, parece insofismável a necessária declaração de inconstitucionalidade do normativo instituidor da execução especial.”

“Aliás, a hipótese poderia ser tratada até como de revogação dos telados dispositivos do Dec.-Lei 70/66 pelo advento dos nominados princípios fundamentais, com o que tecnicamente estaria dispensada a declaração da inconstitucionalidade.

“Entretanto, evitando percalços formais, entende o Plenário melhor tratar a matéria como declaração de inconstitucionalidade, através do órgão e do quorum exigidos pelo art. 97 da Constituição do Brasil.”

Ao transcrever os trechos do v. acórdão do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, o Ministério Público o faz, como acima ficou dito, em razão de que nele se retratam por inteiro os fundamentos de suas convicções inabaláveis sobre a interpretação do malsinado Decreto-Lei 70/66.

Assim, como primeira conclusão, tendo a decisão recorrida se baseado no Decreto-Lei 70/66, eivado de inconstitucionalidade, o Ministério Público manifesta-se pela procedência da ação, com a anulação das decisões proferidas e volta da situação das partes ao *status quo ante*.

Como segunda razão, em favor da procedência da rescisória, está a omissão da manifestação da sentença rescindenda sobre a liminar deferida no Juízo da 10ª Vara Federal, não levada em conta pelo Juiz que sentenciou no feito, que a repeliu sob argüição de que havia sido implicitamente decidida no despacho saneador que havia ficado irrecorrido. Ora, juízes do mesmo grau jurisdicional não podem decidir explícita ou implicitamente sobre a liminar conferida por qualquer deles. Constitui, portanto, irregularidade processual a inquinar de nulidade a decisão rescindenda.

Como derradeiro fundamento: a sentença rescindenda decidindo sobre questão de eminente interesse social como a da moradia, programa e promessa de todos os governos, da mesma importância assumida pelas leis do inquilinato, colocando a livre convenção entre locador e locatário sob a égide de uma lei que não permite que a livre convenção seja pretexto para exploração

de uma das partes que não está na livre manifestação de sua vontade, pela extrema necessidade de morar. EDUARDO ESPÍNOLA focalizou esse grande desequilíbrio da vida atual, o fracasso de todas as previsões no comércio entre os homens, as súbitas mutações da economia nacional e internacional, a derrocada de situações solidamente constituídas, como resultados do cataclismo que se desencadeou, "... injetando-lhes o vírus da barbárie dos tempos esquecidos, fazendo-lhes aspirar, a largos haustos, o ar deletério das ambições descomedidas, dos absolutismos camuflados em presidência do processo de execução." Por estes fundamentos igualmente o Ministério Público espera pela procedência da ação rescisória.

"O princípio geral de direito, ainda que não expresso em lei, autoriza rescisória, porque é lei supletiva" (LICC 4º), (in THEOTÔNIO NEGRÃO, *Código de Processo Civil*, 28ª ed., atualizada até 5 de janeiro de 96, ed. Saraiva, p. 366, verbete 26ª).

"A ação rescisória, diante de objetivas circunstâncias de ordem social e econômica, liberta a interpretação construtiva da norma legal na aplicação dinâmica do direito, não se constituindo como instrumento restrito só ao exame de literal violação à disposição de lei, escravizando a ordem jurídica ao formalismo impiedoso ou tecnicista" (RSTJ 45/129).

Data venia, entende o Ministério Público que não se pode admitir em sentença que decide sobre matéria constitucional a aplicação da Súmula 400 do STF, pois não há hipótese, em matéria constitucional, de ser admitida razoável interpretação da lei, ainda que não seja a melhor. A interpretação da lei em matéria constitucional tem que ser a mais acertada e definida pelos Tribunais.

Há ainda na presente questão o fato de ter sido deferido pela 10ª Vara Federal decisão liminar mandando suspender o registro no Cartório de Imóveis da carta de arrematação.

Conclusão:

A questão constitucional enseja a ação rescisória mesmo que haja interpretação controvertida nos tribunais sobre a matéria, pois inadmissível interpretação controvertida sobre norma constitucional. Cumpre seja apreciada e reapreciada nos tribunais até se formar um juízo definitivo sobre a disposição da Lei Magna, como preconiza a doutrina, uma vez que a Constituição Federal não pode assentar a interpretação de seus princípios basilares em eventuais e razoáveis entendimentos; ainda que não sejam os melhores

sobre a aplicação do seu texto, necessário se faz que as interpretações cheguem a termo sem divergências ou hesitações na sua apreciação.

“Acórdão que julga procedente ação rescisória, ao fundamento de que a decisão rescindenda fomentou-se em lei inconstitucional. Tal acórdão não maltrata o art. 485, V do CPC” (STJ – 1ª turma, REsp. 61.266-7-RS, rel. **Min. Humberto Gomes de Barros**, j. 15.5.95, negaram provimento, v. u., DJU 07.08.95, p. 23.021).

Aliás, tem sido decidido que o requisito de prequestionamento não se aplica à rescisória:

“É indiferente que a lei tenha sido invocada ou não no processo principal, porque nem por isso terá deixado de ser violada. O requisito do prequestionamento não se aplica à rescisória” (RTJ 97/699 – Pleno, 116/451 – Pleno, 124/1.101; STF – Pleno, RT 550/207, 627/117 – 2º TASP – Pleno; Bol. AASP 1.558/525, v.u.).

Os jornais vêm noticiando ultimamente a respeito de decisões em favor de mutuários do sistema habitacional. Diz *O GLOBO*, na sua seção de Economia do dia 25 do corrente:

“Seis mutuários ganham ação contra o Bradesco. Sentença permitirá que saldo devedor da casa própria seja recalculado.”

Do Jornal *O DIA*, fls. 13, 24.11.98:

“Decisão inédita em Minas Gerais determina que prestação e saldo devedor sejam corrigidos pela variação salarial. Justiça elimina TR da casa própria.”

Mostra a imprensa, na notícia dos julgamentos havidos, que os créditos cobrados pelos agentes do Sistema Financeiro da Habitação sujeitam-se a controvérsias e dúvidas sobre a legitimidade dos seus valores, demonstrando dessa forma a necessidade de estabelecer-se o contraditório para sua definição, o que é vedado pela disposição inconstitucional representada pelas regras retratadas no Dec.-Lei 70/66.

Pelo exposto e de conformidade com o disposto no art. 485, V, do Código de Processo Civil, espera o MP seja a ação julgada procedente, decretada a nulidade da sentença de fls. 30/33 da 2ª Vara Cível Regional de Jacarepaguá e demais cominações de direito.

É o meu parecer, s.m.j.

Rio de Janeiro, 06 de outubro de 1998

FLÁVIO MONTEIRO DE CARVALHO
Procurador de Justiça